

Agnieszka Damasiewicz

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Czy każdy sędzia powinien być szachistą?

Każda decyzja jest wynikiem sumy innych decyzji
sędzia Sądu Rejonowego w Krakowie

Co ma wspólnego sędzia z szachistą

Michał Tal, mistrz świata w szachach z 1960 r., precyzyjnie kalkulował swoje posunięcia na szachownicy, miał jednak także talent do rozwiązywania sytuacji, w których kalkulacje posunięć nie rozwiązywały problemu. Opisał swoją grę z innym mistrzem¹ szachowym, w której rozważał poświęcenie skoczka: „Pomysły tłoczyły się jeden po drugim. W rezultacie moja głowa wypełniła się chmurą wszelkiego rodzaju chaotycznych ruchów. I wtedy nagle z jakiegoś powodu przypomniałem sobie klasyczny dwuwiersz, dla dzieci: «Och, cóż to był za mozolny trud/ Wyciąganie hipopotama z bagnistych wód». Gdy widzowie byli przekonani, że kontynuowałem badanie pozycji, próbowałem odpowiedzieć sobie na pytanie, jak wyciąga się hipopotama z bagna. W moich myślach pojawiały się podnośniki, dźwigi, helikoptery, a nawet drabinka linowa. Po długich rozważaniach przyznałem się do inżynieryjnej porażki i pomyślałem: «A, niech sobie tonie». Wtedy hipopotam nagle zniknął. I pozycja wydała mi się natychmiast nie taka znowu skomplikowana. Poświęciłem skoczka. Następnego dnia z satysfakcją przeczytałem w gazecie, że «Michał Tal, po starannym, czterdziestominutowym przeanalizowaniu pozycji, wykonał precyzyjnie obliczony ruch, poświęcając figurę»².

¹ Sformułowanie zostało tu użyte w rozumieniu zwyczajowo stosowanym. W szachach profesjonalnych i amatorskich szachiści dzielą się na kategorie – od arcymistrza, przez mistrza, eksperta, aż po klasy z oznaczeniami literowymi, określane według liczby zdobytych punktów. Zob. np.: Federacja Szachowa Stanów Zjednoczonych, www.uschess.org.

² G. Kasparow, *Jak życie naśladuje szachy*, Warszawa 2009, s. 96–97.

Decyzja Michała Tala została oceniona na podstawie osiągniętego wyniku, a jego proces decyzyjny, niewątpliwie skuteczny³, został oceniony jako racjonalny na podstawie obserwacji zachowania szachisty. Podobnie jest w przypadku sędziów⁴, decyzja jest oceniana na podstawie osiągniętego wyniku (niezaskarżonego lub utrzymanego przez drugą instancję), a proces decyzyjny jest oceniany na podstawie obserwacji przez strony zachowania sędziego oraz analizy sposobu podejmowania decyzji opisanego w uzasadnieniu. Uogólniając te spostrzeżenia można przyjąć, że proces decyzyjny ocenia się na podstawie osiągniętych wyników oraz, niekiedy, także obserwacji zachowania decydenta w czasie procesu decyzyjnego lub opisu jego postępowania prowadzącego do wydania decyzji. Dzięki Talowi można uchwycić pewien element procesu decyzyjnego, który wymyka się tym analizom. Jest to element oderwany od racjonalnego rozumowania. Pojawia się pytanie, czy można go ująć w ramy i kwalifikować jako narzędzie podejmowania decyzji, w tym także decyzji podejmowanych przez sędziego. Odpowiedź na to pytanie może mieć konsekwencje dla wielu kwestii, poczynając od zasad kształtowania ram zawodu sędziego – co może mieć wpływ nawet na kształtowanie ustroju sądów powszechnych – poprzez dookreślenie treści prawa do sądu, na modyfikacjach kodeksu postępowania cywilnego kończąc. Uzyskaniu odpowiedzi na to pytanie służą przeprowadzone badania, przedstawione poniżej. Istnieją dwie możliwości prowadzenia badań nad procesem podejmowania decyzji, mianowicie bada się, jak decyzje powinny być podejmowane (aspekt normatywny) albo jak decyzje są podejmowane (aspekt opisowy). Sformułowane pytanie wymaga rozważenia tematu podejmowania decyzji przez sędziów w tym drugim wariantcie⁵. Dotyczy ono tego, jak przebiega proces decyzyjny, zwłaszcza w tych obszarach, które nie są bezpośrednio lub pośrednio obserwowalne dla osób konfrontujących się z podjętą przez sędziego decyzją. Nie bez znaczenia jest także fakt, że w przytoczonej historii Tala chodzi o mistrza szachowego. Podobnie i tutaj,

³ Pomiar dokonywany na podstawie klasyfikacji punktowych szachistów.

⁴ Artykuł nie wnika w kwestię oceny, kiedy sędzia jest skuteczny: czy mierzy się do statystyką liczby „załatwień” czy stabilnością orzecznictwa czy też innymi względami. Poprzestano na założeniu, że sędzia jest oceniany po wynikach, kryteria oceny jego skuteczności w zakresie osiągania wyników zostawiając osobnym rozważaniom – jako niezwiązane bezpośrednio z tematem.

⁵ Gary Klein przeprowadził ze swoim zespołem szeroko zakrojone badania dotyczące rzeczywistego sposobu podejmowania decyzji, z udziałem przedstawicieli różnych profesji (zob. G. Klein, *Sztuka podejmowania decyzji*, Gliwice 2006). Założeniem badań, na których wynikach oparto się w niniejszym tekście, było badanie sposobów podejmowania decyzji przez osoby doświadczone, mające co najmniej kilkanaście lub kilkadziesiąt lat doświadczenia.

w rozważaniach wzięto pod uwagę sędziego-mistrza w zawodzie, nazwanego sędzią-Herkulesem⁶. W obydwu przypadkach chodzi bowiem o osoby dysponujące doświadczeniem zawodowym, co ma znaczenie dla dalszych wywodów.

Klasyczny model decydowania a RPD

Jest wiele klasycznych modeli podejmowania decyzji, a wśród nich uznanie znalazł w szczególności model Janisa i Manna⁷, którzy zaproponowali podejście oparte w uproszczeniu na określeniu problemu decyzyjnego, identyfikacji opcji rozwiązania, analizie tychże opcji i porównaniu kosztów każdego rozwiązania, a następnie opracowaniu rozwiązania i podjęcia decyzji. Inny, podobnie algorytmiczny sposób dochodzenia do decyzji, tzw. reguła Bayesa, jest modelem procesów diagnostycznych prowadzących do podjęcia decyzji. Polega ona na tym, że w pierwszej fazie znany jest zbiór hipotez, wśród których musi znajdować się właściwa, ponieważ hipotezy te jednocześnie wykluczają się i są wyczerpujące. Decydent określa prawdopodobieństwo początkowe tych hipotez. W drugiej fazie pozyskuje informacje i na ich podstawie koryguje prawdopodobieństwa początkowe, które przekształca w prawdopodobieństwa warunkowe. Trzeci etap to określenie nowego prawdopodobieństwa hipotez, wyprowadzone z prawdopodobieństw warunkowych po uzyskaniu odpowiedniej ilości informacji, co pozwala na ostateczną diagnozę i podjęcie decyzji⁸.

Gary Klein, którego wyniki badań zostały wykorzystane w niniejszym tekście, poszukiwał odbicia takich algorytmicznych modeli podejmowania decyzji i działań przeddecyzyjnych w działaniach badanych osób. Wyniki go zaskoczyły. W kontekście wspomnianego wyżej modelu Janisa i Manna, okazało się, że decydenci w zasadzie w ogóle nie podejmowali decyzji – „po prostu wiedzieli, jak działać”⁹. W odniesieniu do badanych doświadczonych strażaków stwierdził: „Jeśli przyjąć, że decyzja jest rezultatem aktywnego porównywania i oceniania dwóch lub więcej możliwości, to dowódca nie podejmuje żadnych decyzji”¹⁰. Dodatkowo odkrył, że ten „sposób” (nie)podejmowania decyzji funkcjonował nie tylko u osób, które podejmują decyzje

⁶ Nawiązanie do metafory używanej przez R. Dworkina – sędziego, mocarnego niczym Herkules, kierującego się zasadami moralnymi.

⁷ I.L. Janis, L. Mann, *Decision Making: A Psychological Analysis of Conflict, Choice, and Commitment*, New York 1977.

⁸ J. Koziński, *Psychologia procesów przeddecyzyjnych*, Warszawa 1969, s. 53–54.

⁹ G. Klein, *op. cit.* s. 31.

¹⁰ *Ibidem*.

w czasie sześćdziesiąt sekund lub krótszym (jak strażacy czy szachiści w tzw. grze błyskawicznej¹¹), ale także u osób, które mają do dyspozycji wiele godzin, dni czy tygodni – jak w przypadku szachistów w grze tradycyjnej lub architektów. Spostrzeżenie to ma istotne znaczenie w badaniach nad podejmowaniem decyzji przez sędziów, którzy mają na podjęcie decyzji dłuższy czas¹². Klein zaobserwował, że – wbrew oczekiwaniom – decydenci nie dokonywali żadnych porównań dostępnych wariantów decyzyjnych. Doświadczeni dowódcy akcji pożarniczych rozpatrywali wprawdzie kilka opcji, jednak ani razu nie dokonywali ich porównania. Rozpatrywali daną opcję, weryfikowali, a w razie jej nieprzydatności odrzucali i przechodzili do oceny kolejnej. Każde kolejne rozwiązanie było analizowane w oderwaniu od pozostałych. Klein określił tę strategię jako RPD (*recognition-prime decision*), czyli „podejmowanie decyzji na podstawie rozpoznania”. W oderwaniu od konkretnego eksperymentu model ten opisuje procedury decyzyjne w następujący sposób: w pierwszej fazie pamięć skojarzeniowa automatycznie podsuwa plan działania. Nacisk kładzie się na rozpoznanie sytuacji jako znajomej. Faza druga to proces rozumowania, w którym umysł sprawdza plan, dokonując jego symulacji. Rozpatrywana możliwość zostaje przetestowana w wyobraźni, dzięki czemu decydent może wykryć słabe punkty danego rozwiązania. W razie wykrycia błędu, analizowana jest kolejna możliwość. Wynika z tego, że opcje są generowane i oceniane kolejno, pojedynczo, a ich wady i zalety nie są ze sobą porównywane oraz wybierana jest pierwsza akceptowalna możliwość, a nie możliwość najlepsza¹³.

Podsumowując, „model podejmowania decyzji na podstawie rozpoznania (RPD) łączy w sobie dwa procesy, a mianowicie mechanizm dokonywania oceny sytuacji i wyboru [...] najlepszego toku postępowania oraz mechanizm oceny skuteczności poszczególnych działań, przez wyobrażenie sobie ich przebiegu”¹⁴. Nasuwa się pytanie, skąd się biorą te opcje, pierwsze i kolejne? W odpowiedzi pojawia się niepokojące słowo intuicja.

¹¹ Gra błyskawiczna (*blitz*) polega na tym, że gracze mają bardzo krótki czas w danej partii szachowej, do pięciu minut.

¹² To, że sędziowie mają na podjęcie decyzji „dłuższy czas” nie oznacza, że mają „dużo czasu”. Wynika to stąd, że w tym samym czasie muszą jednocześnie decydować o wielu sprawach.

¹³ Herbert Simon, laureat Nagrody Nobla w dziedzinie ekonomii, zidentyfikował strategię podejmowania decyzji *satisficing*, która polega na wyborze pierwszej, wystarczająco dobrej możliwości, odróżniając ją od opcji optymalnej (H.A. Simon, *Models of Man: Social and National*, New York 1957). Wskazał, że poszukiwanie opcji optymalnej jest trudniejsze i wymaga więcej czasu, a poszukiwanie opcji wystarczająco dobrej jest bardziej efektywne. Dotyczyło to świata biznesu. W rozważaniach z zakresu prawa poruszono ten wątek przymierzając te obserwacje go do sędziów, choć w nieco innym kontekście – dylematu (lub pozornego dylematu) kontryktoryjność a prawda materialna.

¹⁴ G. Klein, *op. cit.*, s. 39.

Intuicja jako narzędzie podejmowania racjonalnych decyzji

Czym jest intuicja?¹⁵ Strażacy badani przez Kleina uważali, że są obdarzeni swego rodzaju „szóstym zmysłem”. Jeden z dowódców był o tym przekonany, kiedy w trakcie akcji w budynku coś go „tknęło” i kazał swojej ekipie wyjść z budynku, który, choć pozornie niespecjalnie zajęty ogniem, zawałił się w kilkanaście sekund po wyjściu ostatniego strażaka. Jednak strażacy mylili się co do charakteru tej zdolności. Intuicja to instrument, którego zasady działania można racjonalnie wyjaśnić. Co ciekawe, i co jest główną wskazówką do oceny jej charakteru, okazało się, że jest to instrument stosowany przez ludzi doświadczonych, specjalistów w danej profesji.

Klein przed rozpoczęciem badań zakładał, że „nowicjusze w jakiejś dziedzinie impulsywnie wybierają pierwsze rozwiązanie, jakie przyjdzie im do głowy, natomiast eksperci uważnie analizują wady i zalety różnych metod postępowania”¹⁶. Okazało się jednak, że eksperci mogą od razu wskazać preferowaną opcję, natomiast osoby początkujące muszą porównywać różne rozwiązania¹⁷. Wyniki badań Kleina ujawniają nie tylko fakt, że osoba doświadczona podejmuje decyzję całkowicie odmiennie niż początkująca, ale także to, że osoba doświadczona korzysta z intuicji w formie opisanego modelu RPD. Intuicja polega bowiem na wykorzystywaniu wcześniejszych doświadczeń do rozpoznawania prawidłowości określających charakter sytuacji, jest rozpoznawaniem różnych elementów przy jednoczesnym pominięciu świadomości, w jaki sposób do tego dochodzi. Innymi słowy, intuicja jest pochodną doświadczenia. Doświadczenie dowódcy strażaków pozwalało mu korzystać ze znanych prawidłowości i dopasowywać sytuację do jednego

¹⁵ Badacze stosują różną terminologię: teoria nieświadomego myślenia Apa Dijksterhuisa, proste heurystyki decyzyjne Gerda Gigerenzer, cichy system intuicji Robina Hogartha, czy natychmiastowe poznanie Malcolma Gladwella. Można tu także wskazać podział dokonany przez Daniela Kahnemana: System 1, intuicyjny, będący źródłem tzw. szybkiego myślenia i System 2, racjonalizujący, będący źródłem tzw. wolnego myślenia (D. Kahneman, *Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym*, Poznań 2011). Z kolei Gerald Traufetter podkreśla, że długo nieświadomość poprzedzająca procesy myślowe odstraszała badaczy z zakresu nauk przyrodniczych od badania „wyrafinowanego systemu zasilonego przez wiedzę i doświadczenie” (G. Traufetter, *Intuicja, czyli mądrość uczuć*, Warszawa 2009 s. 13).

¹⁶ G. Klein, *op. cit.* s. 36.

¹⁷ Ten drugi model jest nauczany na zajęciach z kognitywistyki, jednak jak wynika z przeprowadzonych przez Kleina badań, bardziej przydaje się osobom początkującym niż doświadczonym, jako strategia racjonalnego wyboru. Umożliwia podejmowanie powtarzalnych decyzji, gdzie ta sama analiza daje za każdym razem ten sam rezultat. Ma cechy algorytmu, który powinien umożliwiać masowe rozwiązywanie wszystkich zadań w danej kategorii. Ma też charakter wymierny, ponieważ pozwala nowicjuszom stwierdzić, czego nie wiedzą. Jest to metoda systematyczna, więc uniemożliwia pominięcie jakiegoś elementu i ma charakter ogólny, do zastosowania w różnych sytuacjach.

z takich schematów. Nie przywoływał z pamięci konkretnych faktów – wcześniejsze doświadczenia po prostu oddziaływały na sposób postrzegania danej sytuacji. Nie odwoływał się do wspomnień dotyczących konkretnej akcji, lecz korzystał z wiedzy dotyczącej dużej liczby akcji podobnych, które w jego świadomości stopiły się w jedną całość. Prawidłowości takie mogą umykać świadomej analizie, co powoduje, że często decydenci nie są w stanie opisać tego, co zauważyli, jednak prawidłowo je dopasowują. Nie widzą, w jaki sposób korzystają ze swojego doświadczenia¹⁸.

Model intuicyjnego podejmowania decyzji jako rozpoznawania wzorców, stanowi rozwinięcie idei zaproponowanych przez noblistę Herberta Simona. Jego definicja intuicji jest następująca: „Sytuacja dostarcza wskazówki. Wskazówka daje ekspertowi dostęp do przechowywanych w pamięci informacji; informacje dostarczają odpowiedzi. Intuicja to, nie mniej nie więcej, tylko akt rozpoznania”. To sformułowanie zrównuje pozornie magiczny charakter intuicji z powszednim zjawiskiem, jakim jest pamiętanie¹⁹. Inni badacze także jednoznacznie wskazują, że intuicja to wynik doświadczenia. Ponadto wskazują na szczególną, charakterystyczną dla intuicji drogę dostępu do tej wiedzy. Przykładowo, teoretyk wojny Carl von Clausewitz definiował intuicję w kontekście „sztuki wojennej”, podkreślając znaczenie drogi dostępu do informacji: „Intuicja to szybkie pojęcie prawdy, niewidocznej na pierwszy rzut oka lub widocznej dopiero po długim roztrząsaniu i zastanowieniu”²⁰. Gerald Traufetter stwierdził z kolei, że „intuicja polega [...] na tym, że w nurcie doznań, które na nas wpływają i zmuszają nas do podejmowania decyzji, rozpoznaje pewne wzorce, trafiające do naszego umysłu nie poprzez telepatię czy innego typu drogi, lecz przez wyuczenie. Większości tych wzorców wyuczyliśmy się nieświadomie. Jest to wiedza, o której nie wiemy, że w ogóle ją sobie przyswoiliśmy. Nie jest ona nam dostępna jak książki w bibliotece i nie możemy z niej skorzystać wyszukując odpowiednie hasła. [...] wiedza fachowa nie jest pojedynczą umiejętnością, lecz zbiorem drobnych umiejętności składowych”²¹.

Możliwości dostępu do tak zakodowanej wiedzy w oryginalny sposób przetestował Ogi Ogas – badacz mózgu: wziął udział w programie „Milionerzy” w celu sprawdzenia swoich tez dotyczących pracy mózgu. Otrzymał pytanie: „W jakim kraju wiosną tego roku zostały opublikowane karykatury proroka Mahometa”. Dla osoby niemieszkającej w Europie było to pytanie

¹⁸ G. Klein, *op.cit.* s. 37.

¹⁹ Przykładowo, rozpoznaje się znajomą osobę wchodzącą do pokoju „od razu”, a nie na podstawie świadomej analizy zauważonych jej cech.

²⁰ C. von Clausewitz, *O wojnie. Księgi I–VIII*, Lublin 1995, s. 48.

²¹ G. Traufetter, *op. cit.*, s. 145.

trudne i nie znał na nie odpowiedzi. Jednak przypomniał sobie, że dyskutował o tym z kolegą ze studiów i zaczął o tej dyskusji rozmawiać z prowadzącą. Powodem takiego postępowania było zjawisko *primingu*. Polega ono na tym, że „umysł nie porządkuje wiadomości tematycznie: wszystko na temat samochodów w tej szufladzie, a na temat gotowania risotta w innej. [...] Pamięć łączy rzeczy z okolicznościami, w jakich nowe treści się pojawiły. [...] Ta wiedza rozszkana jest po różnych zakamarkach mózgu, ale gdy tylko pojawi się światełko skojarzenia, wszystkie te fragmenty zaczynają ożywać. Informacje przechowywane są niejawnie, co oznacza, że człowiek nie zawsze ma do nich bezpośredni (świadomy) dostęp”²². Opowiadając o rozmowie, przypomniał sobie, że kolega powiedział „Ale czegoż w końcu mogłeś się spodziewać po Duńczykach”. To była właściwa odpowiedź, ale dotarł do niej inną drogą, niż bezpośrednie przypominanie sobie poszukiwanej informacji.

Cechą działania intuicji, czy jak to nazwał Gladwell, „natychmiastowego poznania”, jest tzw. krojenie na cienkie plasterki. „Krojenie na cienkie plasterki to nasza nieświadoma zdolność dostrzegania prawidłowości w rozmaitych sytuacjach i zachowaniach, oparta na bardzo małych odcinkach doświadczenia”²³. Z tego też powodu sędziowie odwołują się do „schematów” i stwierdzają, że jest niewiele spraw wymykających się schematom: „Mało która sprawa jest zaskakująca. Jak się orzeka setną eksmisję, to niewiele może zaskoczyć. I nie jest to kwestia braku szacunku dla stron czy nonszalancji”. Paradoksalnie jednak stwierdzają, że każdą sprawę traktuje się indywidualnie, bo każdy stan faktyczny jest inny – wzorce są te same, ale sprawy różne.

Intuicja w służbie sędziowej

Jakie wnioski płyną z tych badań odnośnie do sposobu decydowania przez sędziów? W przypadku sędziów mechanizm działania jest taki sam. Zostanie on teraz opisany najpierw jako instrument podejmowania decyzji tak, jak widzą go sędziowie, następnie przedstawiony będzie symulowany proces decyzyjny „nieintuicyjnego” i „intuicyjnego” sędziego, oraz porównane efekty tej symulacji z wynikami przeprowadzonych badań z udziałem sędziów²⁴.

²² *Ibidem*, s. 98.

²³ M. Gladwell, *Błysk*, Kraków 2007, s. 35.

²⁴ Badania prowadzone od lipca 2013 r., kontynuowane w chwili oddania artykułu do druku. Polegają na przeprowadzeniu wywiadów z setką sędziów cywilistów z wydziałów cywilnych i gospodarczych sądów rejonowych i sądu okręgowego w Krakowie. W dalszej części, w celu zachowania anonimowości, będą cytowane wypowiedzi sędziów oznaczone jako „SSR” i „SSO”, odpowiednio, dla sędziów rejonowych i okręgowych.

Sędziom zadano pytanie, czy korzystają z intuicji na dowolnym etapie postępowania. Wyłoniły się dwie główne grupy odpowiedzi (A i B) i trzecia (grupa C): przypadki jednostkowe. Ponadto w grupie B wyodrębniły się podgrupy B1 i B2. Grupa A była przekonana o roli intuicji w orzekaniu: „Tak, to nieuniknione. Intuicja oparta na doświadczeniu”²⁵. „Intuicja wstępna? W znakomitej większości spraw: tak”²⁶. „Intuicja? Myślę, że tak. Zwłaszcza jak się ma doświadczenie kilkudziesięcioletnie. To jest taki element orzekania «na czuja», a potem, po przeprowadzeniu dowodów i przestudiowaniu orzecznictwa, często się potwierdza”²⁷. „Intuicja? Tak. Ale muszę najpierw dobrze znać sprawę. Potem szukam konkretnych przepisów prawnych”²⁸. „Intuicja? To chyba ma każdy prawnik”²⁹. „Intuicja? Tak. Jest bardzo potrzebna np. przy świadkach. Jest potrzebna, by ocenić, czy ktoś mówi prawdę, a jeśli czujemy, że coś na «nie gra», to możemy zadać dodatkowe pytania, które są zadane po to, by sprawdzić, czy świadek jest wiarygodny”³⁰. (O kwestii wykorzystywania intuicji w postępowaniu dowodowym będzie jeszcze mowa.) Z kolei grupa B wprawdzie zaprzeczała udziałowi intuicji w orzekaniu, jednak wskazała na inne punkty odniesienia, które okazują się także gwarantować udział intuicji, opartej na doświadczeniu, w orzekaniu. W grupie tej wyróżnić można podgrupy: tych, którzy przecząc roli intuicji, wskazali na doświadczenie jako punkt odniesienia (B1) oraz tych, którzy przecząc roli intuicji, wskazali na poczucie sprawiedliwości (B2). W podgrupie B1 padały stwierdzenia: „Intuicja? Nie, w żadnym razie; to przeświadczenie oparte na doświadczeniu wynikającym ze 100 czy 1000 takich spraw”³¹. „Intuicja jest potrzebna, tak jak doświadczenie zawodowe i doświadczenie życiowe”³². „Intuicja? Na pewno doświadczenie, pomaga bez dwóch zdań. Trzeba obsądzić kilka wypadków, żeby zobaczyć jak to jest i jaka jest mechanika zdarzeń”³³. „Intuicja? Chyba raczej te zasady doświadczenia życiowego”³⁴. W ramach podgrupy B2 sędziowie stwierdzili: „Nie, nie odwołuję się do intuicji, ale do takiego poczucia sprawiedliwości”³⁵. „To, co pani nazywa intuicją, nazwałbym odniesieniem do poczucia sprawiedliwości”³⁶. „Intuicja? Nie. Odnosimy się do czegoś, co okre-

²⁵ SSR.

²⁶ SSR.

²⁷ SSO.

²⁸ SSR.

²⁹ SSR.

³⁰ SSR.

³¹ SSO.

³² SSO.

³³ SSR.

³⁴ SSR.

³⁵ SSR.

³⁶ SSR.

ślamy poczuciem sprawiedliwości. Czymś, co rzadko się powołuje bezpośrednio w uzasadnieniu. Intuicja na pewno nie. Orzeczenie musi być dobrze przemyślane. Jest jednak coś takiego, by orzec sprawiedliwie³⁷. Natomiast w ostatniej, nielicznej, grupie – C, znaleźli się zdecydowani przeciwnicy korzystania z intuicji. „Intuicja? Nie. Wiadomo, jakie strony mają stanowisko, co wynika z ich argumentacji. Wielokrotnie wydawało się, że strona nie ma racji, a okazywało się inaczej³⁸. Z przeprowadzonych wywiadów można wnioskować, że niemal wszyscy sędziowie odwołują się do intuicji, z tym, że niektórzy nie używają tego terminu na określenie stosowanych instrumentów; dopiero z opisu tych instrumentów wynika wyraźnie, że ich opisy pokrywają się z definicjami intuicji.

Wracając do wspomnianej kwestii wykorzystania intuicji w postępowaniu dowodowym, zapytano sędziów o sposób werbalizacji przyczyn „niedania wiary”, a więc stwierdzenia niewiarygodności dowodu, w szczególności dowodu z przesłuchania świadka. Sędziowie wyraźnie rozdzielają rozpoznanie niewiarygodności od wykazania niewiarygodności świadka. Takiego rozróżnienia na rozpoznawanie i wykazywanie faktów czy idei, dokonują także naukowcy, którzy analizują swoje sposoby dochodzenia do rozwiązania, zarówno w naukach przyrodniczych, jak i humanistycznych. „Logika jest pomocna przy konstruowaniu dowodów, a nie w odkrywaniu nowych rzeczy. To sprawa intuicji³⁹. Sędzia nie może w uzasadnieniu napisać o intuicji jako źródle oceny wiarygodności lub nie, określonych dowodów. Jednak w samym postępowaniu dowodowym wykorzystuje się intuicję w ten sposób, że „przyciska” świadka, wiedząc, że kłamiący wcześniej czy później się zdradzi. Niektórzy sędziowie podkreślają, że jest dużym kłopotem dla sędziego wiedza, że strona lub świadek kłamie, ale druga strona nie jest w stanie obalić tego dowodu, ponieważ nie ma własnych środków dowodowych. Wtedy sędzia ma pewne pole manewru, orientując się, jak przeprowadzić dowód, aby ewentualnie go zdemaskować i pokazać, że jest fałszywy. „Intuicja jest potrzebna przy takich kwestiach, jak ktoś kręci⁴⁰. „W uzasadnieniu werbalizuję, co myślę, ale jak mam intuicję, że kłamie, ale go nie złapałam na tym, to nie napiszę, że kłamie. Jak ktoś jest dla mnie niewiarygodny, to mocniej pytam. Każdy się posypie. Jak nie przykręcę śruby, to powie ogólnie, a jak jest ogólnie, to trudniej zweryfikować⁴¹.

Przechodząc do symulacji procesu decyzyjnego sędziów, można mówić o trzech potencjalnych „modelach sędziego”: teoretycznym „nieintuicyjnym”

³⁷ SSR.

³⁸ SSO.

³⁹ Henri Poincaré, francuski matematyk cytowany przez G. Traufettera, *op. cit.*, s. 38.

⁴⁰ SSR.

⁴¹ SSR.

sędzim, teoretycznym „intuicyjnym” sędzim i praktycznym „intuicyjnym” sędzim, gdzie przez „teoretycznego” sędziego rozumie się model skonstruowany przed uwzględnieniem wyników badań prowadzonych z udziałem sędziów, a przez „praktycznego” sędziego – model wyłaniający się ze wskazanych badań.

Teoretyczny „nieintuicyjny” sędzia, odpowiadający decydentowi z pierwszych założeń Gary’ego Kleina, czyta pozew i odpowiedź na pozew. Przeprowadza postępowanie dowodowe zgodnie z wnioskami stron. Po jego zakończeniu zamyka rozprawę, dokonuje syntezy zebranego materiału i bada, czyje stanowisko zostało udowodnione: powoda czy pozwanego. Zakładając, w uproszeniu, że możliwe są cztery stanowiska: 1) rację ma powód; 2) rację ma pozwany; 3) racji nie ma żadna ze stron; 4) obie strony mają częściową rację, można sobie wyobrazić, że sędzia wypisuje argumenty „za” i „przeciw” w każdej opcji, rozważa je i podejmuje decyzję, przedstawiając ten tok rozumowania w uzasadnieniu, jeśli o nie wnioskowano.

Teoretyczny „intuicyjny” sędzia, taki, jakiego mogli sobie wyobrazić strażcy badani przez Kleina, czyta pozew i odpowiedź na pozew, a pod wpływem tej lektury myśli, że jeśli wnioskowane dowody się powiodą, to orzeczenie będzie takie, a nie inne. Intuicja podpowiada mu rozwiązanie.

Natomiast praktyczny „intuicyjny” sędzia początkowo zachowuje się jak teoretyczny intuicyjny sędzia: czyta pozew i odpowiedź na pozew – i przychodzi mu na myśl rozwiązanie. Lecz od tego teoretycznego „intuicyjnego” sędziego dzieli go proces poddawania potencjalnego rozwiązania jeszcze wielu zabiegom.

Sędziowie zapytani, czy mają „przeświadczenie” (projekcję rozwiązania) o określonym rozstrzygnięciu sprawy po przeczytaniu pozwu i ewentualnie odpowiedzi na pozew, potwierdzili istnienie przeświadczenia, choć różnie nim operowali. Jeden z nich powiedział: „Kiedy dostaję pozew i czytam, to stawiam sobie pytanie: jakie byłoby rozwiązanie, gdyby pozwany zachował się biernie”⁴². Podkreślił, że takie podejście jest konieczne, jeśli przyjdzie wydać wyrok zaoczny. „Jak wpływa sprawa, czyta się ją na zasadzie ogólnego oglądu, o co może chodzić. A jeszcze wtedy nie sprawdzam przepisów czy orzecznictwa. Jednak jakaś pierwsza koncepcja, w jakim kierunku to zmierza, już się rysuje”⁴³. Jednocześnie sędziowie podkreślają, że takiego „przeświadczenia” (projekcji rozwiązania) nie należy utożsamiać ani mylić z „uprzedzeniem” do sprawy lub nastawieniem na konkretny wynik. „Doświadczenie pozwala na

⁴² SSR.

⁴³ SSR.

przewidywanie, po setkach spraw, ale nie jest to nastawienie⁴⁴. Sędzia „może, na podstawie doświadczenia przypuszczać, czy strona będzie mogła wykazać swoje twierdzenia. Można także przypuszczać, jaki będzie wynik sprawy, po tym, jak jest ona prowadzona przez pełnomocnika: czy mówi on o istocie spraw czy też przedkładane przez niego pisma i dokumenty są chybione. To nie jest przewidywanie. To za dużo powiedziane. Czy to jest intuicja? Raczej doświadczenie. Tak, wyrobiona intuicja. Wyrobiona spostrzegawczość⁴⁵”.

Niektórzy sędziowie w pewnym sensie obawiają się „przeświadczenia”, jakie mógłby mieć, w szczególności po przeczytaniu samego pozwu. Stosują obronę, np. w postaci poczynionego świadomie założenia, że pozew podaje określoną wersję prawdy. „Sam pozew jest wersją nieprawdziwą. Każdy podaje tylko swoją prawdę. Nikt nie podaje całej prawdy. Trzeba prawdę z prawdą zestawić i wtedy powstaje koncepcja⁴⁶”. Starają się także odłożyć proces decydowania w jakiegokolwiek formie, na chwilę, kiedy informacje będą, ich zdaniem, wystarczające. „W momencie, kiedy wyznaczam termin rozprawy nawet nie chcę myśleć, kto tu ma rację, czy zastanawiać się nad pozwem. Pozew jest stanowiskiem tylko jednej ze stron. Jak nie znam treści odpowiedzi na pozew, to uważam, że się nie ma nad czym zastanawiać. Tyle tylko, by przygotować rozprawę. Dalej nie wnikam. Jeśli odpowiedź na pozew wpłynie przed terminem rozprawy, to się zastanawiam tylko, w jakim kierunku prowadzić postępowanie dowodowe⁴⁷”.

W przytaczanych relacjach sędziów na temat podejmowania przez nich decyzji, można rozpoznać kleinowski model RPD. Co ciekawe, dotyczy to wszystkich sędziów; zarówno tych, którzy odnotowują sobie w pamięci pierwsze wrażenia odnoszące się do potencjalnego rozstrzygnięcia, jak i tych, którzy świadomie odgradzają się od wrażenia wywołanego przeczytaniem pierwszych dokumentów. Realizację modelu RPD można rozpoznać po kilku symptomach jego użycia. Po pierwsze sędziowie przyznają, że istnieje jakieś przeświadczenie o potencjalnym rozwiązaniu i jest w zasadzie natychmiastowe, kiedy sędzia zapozna się, choćby wstępnie, z aktami (choć w praktyce bywa przez wielu sędziów ignorowane na tym etapie). Po drugie większość sędziów odmawia budowania rozwiązań „zapasowych”. Przyjęta na podstawie przeświadczenia opcja jest aktualna do chwili, gdy ujawni się błąd w takim rozwiązaniu lub pojawi się nowa informacja czy nastąpi zmiana, zmuszająca do korekty rozwiązania. Sędziowie mocno podkreślają fakt, że nie są przywiązani do swojej pierwszej koncepcji. Są gotowi zmieniać stanowisko, zależnie

⁴⁴ SSO.

⁴⁵ SSO.

⁴⁶ SSO.

⁴⁷ SSR.

od tego, jak potoczy się sprawa. „Ważne jest w tym zawodzie, by być przygotowanym na zaskoczenia i na to, że może się zdarzyć coś, co zmienia wstępną pogląd. Można mieć projekt decyzji, ale trzeba być gotowym na obserwowanie zdarzeń. Mamy skłonność do zakładania pewnej tezy i działania pod nią. Jeśli się wpadnie w tę pułapkę, to powstępowanie dowodowe można prowadzić już pod daną tezę. A może się okazać, że jeszcze dowiemy się czegoś, co odwróci sytuację”⁴⁸. Po trzeciej, wybór dokonuje się na podstawie korekt danej opcji lub odrzucenia jej i pojawienia się w to miejsce nowej. Nie dokonuje się świadomego porównania wersji, ponieważ porównanie ze wzorcami wynikającymi z doświadczenia dokonuje się automatycznie. „Z jednej strony pojawia się przeświadczenie, z drugiej jednak na wyrokowanie muszę zaczekać”⁴⁹. „Nie ma sensu wymyślać wszystkich możliwych wariantów rozwiązania, np. co musiało by się zdarzyć, by przyjąć wersję powoda, a co, by przyjąć wersję pozwanego. Nie ma takiej potrzeby. W miarę przeprowadzania dowodów, wersja się modyfikuje”⁵⁰. „Po wysłuchaniu stron zaczyna się klarować projekt decyzji. Dowody mogą się udać, albo nie. Proces decyzyjny przebiega takimi etapami i ważne jest, aby nie zabrnąć w ślepią uliczkę ze zbyt wczesną decyzją”⁵¹. „Odkładanie oceny ma miejsce w szczególności tam, gdzie powołane są dowody, które mogą zmienić kierunek postępowania. Treść pism może pokazać, że sprawa zmierza w jakimś kierunku, zwłaszcza, jeśli zarzuty strony są chybione w danym stanie prawnym, niezależnie od dowodów, które – siłą rzeczy – są w danej sytuacji nieadekwatne. W takiej sytuacji pojawia się pytanie o rzeczywiste powody zgłoszenia danych zarzutów lub wniesienia pozwu. Zwłaszcza, gdy formalnie powód postępowania jest określony, ale wygląda na to, że rzeczywisty powód sporu jest inny. Wtedy muszę ustalić, jaka jest rzeczywista przyczyna postępowania”⁵². Sędzia obserwuje odtwarzanie stanu faktycznego i podświadomie cały czas porównuje go ze znanymi wzorcami, dokonując korekty, stosownie do pojawiających się informacji o okolicznościach.

Jak wskazywano wcześniej, takie automatyczne rozpoznawanie schematów powinno być właściwe sędziom doświadczonym, zgodnie z wynikami badań Kleina. Sędziowie to potwierdzają. Wspominając pierwsze miesiące czy lata sądenia, sędzia wspomina: „Na początku zdawało mi się, że jest niezliczona ilość decyzji do podjęcia. [...] Teraz tego tak nie odczytuję”⁵³.

⁴⁸ SSR.

⁴⁹ SSO.

⁵⁰ SSR.

⁵¹ SSR.

⁵² SSO.

⁵³ SSR.

Sędziowie doświadczeni nie uznają wszystkich drobnych decyzji jako oddzielnych lecz tak, jak „litery całego słowa”. Traktują decyzje merytoryczne, jako całość złożoną z nietraktowanych „jednostkowo” sum decyzji. Mechanizm, który odpowiada za tę zmianę można zilustrować eksperymentem, który miał weryfikować tezę o wyjątkowo dobrej pamięci szachistów. W pierwszej części eksperymentu ustawiono przed doświadczonymi szachistami i przed nowicjuszami szachownice z rozegranymi, do pewnego etapu, partiami szachowymi. Następnie usunięto szachownice i poproszono badanych o odtworzenie ich ustawienia. Doświadczeni szachiści dawali sobie radę kilkakrotnie lepiej niż nowicjusze, co mogło dowodzić fantastycznie rozwiniętej pamięci. Jednak w drugiej części eksperymentu rozłożono szachownice ustawiając na nich bierki przypadkowo i ponownie poproszono tych samych badanych o odtworzenie sytuacji na szachownicy po jej zasłonięciu. Okazało się, że doświadczeni szachiści radzili sobie z zapamiętaniem rozkładu bierek tak samo albo niewiele lepiej niż nowicjusze. Wynikało to stąd, że „legendarna pamięć” szachistów dotyczy znanych schematów. Mogą ich być tysiące, a szachiści dzięki doświadczeniu poznają je jako całość, podobnie jak osoba znająca język obcy nie patrzy na słowa jak na ciągi liter, lecz na całe słowa. Można sobie to zilustrować następująco: Polak z łatwością zapamięta zdanie: „Słońce świeci o poranku”, ale dużo trudniej będzie mu zapamiętać ciąg liter składających się na to zdanie: „owšteu iorionnk saecp”. Podobnie zgromadzona wiedza o pewnych wzorcach postępowania ludzi, ich obrony przed zarzutami itp. powoduje, że sędzia nie musi analizować każdego zdarzenia jako odrębnego. Może skorzystać z rozpoznawanego schematu. Sędziowie mają świadomość istnienia tego mechanizmu. Potwierdzają istnienie bazy wzorców, a nie bazy oddzielnych, zapamiętanych pojedynczych zdarzeń. „Zapomina się o załatwionej sprawie, ale pamięta się doświadczenie. Bez sięgania do wcześniej załatwionych spraw. I tego doświadczenia nie sposób zapomnieć”⁵⁴. Warto zwrócić uwagę, że relacje sędziów o procesie decydowania układają się w pewien obraz sposobu podejmowania przez nich decyzji, przy zachowaniu ich indywidualnych sformułowań i różnego rozłożenia akcentów.

Sędziowie, co ciekawe, tylko używają formuły RPD wykrytej przez Kleina, ale także stosują pewne elementy charakterystyczne dla reguły Bayesa, opisywanej przez Kozielskiego⁵⁵. Chodzi mianowicie o gotowość sędziów do zmiany opcji w miarę dopływu informacji, które mają wpływ na jej przyjęcie, odrzucenie lub skorygowanie. Różnica polega na tym, że doświadczeni sędzio-

⁵⁴ SSR.

⁵⁵ Kiedy Kozielski ją analizował w 1969 r. nie było jeszcze mowy o odkryciu RPD i wydawało się, że zawsze punktem wyjścia jest zbiór hipotez, które podlegają weryfikacji.

wie nie muszą korzystać ze zbioru hipotez, jak w regule Bayesa, którego prawdopodobieństwa następnie badają, lecz oceniają prawdopodobieństwo jednej hipotezy, która nasuwa im się początkowo jako najbardziej prawdopodobna, a następnie oceniają dopiero gdy ta pierwsza się nie sprawdzi. W regule Bayesa informacja jest tym elementem, który modyfikuje projekty decyzji, poprzez nadawanie innych prawdopodobieństw warunkowych wstępnie określonych hipotez. „Formułowanie diagnozy w sytuacji zamkniętej”⁵⁶, jest dynamicznym procesem, który polega na stopniowej zmianie subiektywnego prawdopodobieństwa hipotez o stanach rzeczy, pod wpływem informacji. Po otrzymaniu pierwszej informacji człowiek formułuje cząstkową diagnozę, która może ulec modyfikacji w następnych fazach”⁵⁷. Sędziowie potwierdzają, że taki proces się dokonuje, przy czym dla sędziów młodszych doświadczeniem wygląda on raczej tak, jak w regule Bayesa, a dla sędziów doświadczonych – tak, że tylko jedna opcja na raz zostaje poddana ocenie i może być korygowana pod wpływem nowych informacji. To oznacza, że o ile intuicja pochodzi z doświadczenia, o tyle jako instrument podejmowania decyzji współpracuje z dopływem informacji. „Zasadniczą rolę w procesie diagnostycznym pełni informacja. Pozwala ona zmniejszyć niepewność zbioru hipotez i sformułować bardziej trafną diagnozę”⁵⁸. Sędziowie potwierdzają: „Temat jest dynamiczny”⁵⁹. Koziński podkreśla, że informacje otrzymuje się dzięki wykonywaniu czynności, w tym głównie czynności eksploratywnych i produktywnych. Pierwsze polegają na poszukiwaniu informacji w świecie zewnętrznym. Drugie – na wytwarzaniu nowych informacji⁶⁰. Dwie najprostsze czynności produktywne to interpolacja i ekstrapolacja, gdzie interpolacja polega na wypełnianiu luk „w środku”, a ekstrapolacja polega na uzupełnianiu, ponieważ chodzi

⁵⁶ J. Koziński mówi o systemach zamkniętych, gdzie liczba hipotez o stanach rzeczy jest zamknięta i o sytuacji otwartej, gdzie dopiero trzeba wytworzyć hipotezy, więc nie ma z góry określonego ich zbioru. Tutaj odwołano się do sytuacji zamkniętych z uwagi na fakt, że zwykle, zarówno w procesie, jak i poza nim, liczba hipotez jest zamknięta, a w procesie dodatkowo ograniczona zasadą kontrydiktoryjności. Jedyne symptomy „otwarcia” mogą wystąpić w przypadku, gdy sędzia ocenia, że wskazana przez stronę podstawa prawna jest błędna. Ale i tu jest ograniczony ponieważ zazwyczaj dana osoba, formułując tezę o występowaniu określonej podstawy prawnej, podporządkowała jej także strategię postępowania dowodowego, co często ogranicza sędziego w formułowaniu innej podstawy prawnej, ze względu na brak przeprowadzenia postępowania dowodowego w tym zakresie przez stronę nieświadomą błędowi. Natomiast nawet jeśli sędzia ma swobodę doboru podstawy prawnej, z uwagi na sytuację dowodową umożliwiającą uznanie różnych podstaw prawnych, to nadal jest to sytuacja zamknięta, ograniczona do możliwych podstaw prawnych, zakreślonych ramami przeprowadzonego postępowania dowodowego.

⁵⁷ J. Koziński, *op. cit.*, s. 44.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 45.

⁵⁹ SSR.

⁶⁰ J. Koziński, *op. cit.*, s. 45 i 46.

o określenie zakończenia układu. Najtrudniejsze jest w tym przypadku określenie kierunku zmian układu⁶¹. Sposób pozyskiwania informacji jest jednym z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień w postępowaniu w sprawach cywilnych także dlatego, że możliwe są różne modele, oparte np. na zasadzie inkwizycyjności lub kontradyktoryjności, z których żaden nie jest z założenia dobry lub zły, a jedynie ocena ich efektywności zależy od celów wymiaru sprawiedliwości założonych przez ustawodawcę. Przykładowo, z jednej strony można spojrzeć na zagadnienie doboru dowodów przeprowadzanych w postępowaniu z punktu widzenia przepisów, a z drugiej – rzeczywistego działania sędziów, oraz z trzeciej strony – z punktu widzenia właściwości (psychologicznego) procesu decyzyjnego. Przepis art. 227 k.p.c. stanowi, że „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”. W doktrynie się wyjaśnia, że „selekcji faktów dokonuje sąd, uwzględniając zasadę prawdy materialnej i zasadę kontradyktoryjności”⁶². Za tym sformułowaniem kryje się trudna decyzja. „Uzasadniając powództwo, powód subiektywnie określa stan faktyczny sprawy. Będzie on przedmiotem dowodu, jeśli dotyczy okoliczności, które z punktu widzenia prawa materialnego mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy; istotne znaczenie mają zaś te fakty, które odpowiadają hipotezom tych przepisów prawa materialnego, które mają zastosowanie w sprawie. [...] Wyróżnia się trzy rodzaje faktów, które wymagają udowodnienia w procesie cywilnym: prawotwórcze, tamujące powstanie prawa oraz niweczące prawo”⁶³. Tak kwestię tę kształtuje przepis i dookreśla doktryna. Jednak pojawia się problem praktyczny związany z rzeczywistym postępowaniem sędziego. Sędzia, który nie przeprowadza dowodu, naraża się⁶⁴ na zarzut uniemożliwienia przeprowadzenia dowodu istotnego dla sprawy. Sędzia, który dopuszcza dowód z drugiej strony naraża się na zarzut przeprowadzania dowodów niemających istotnego znaczenia dla sprawy, a *de facto* przedłużających postępowanie⁶⁵. Wreszcie sędziowie

⁶¹ *Ibidem*, s. 46–47.

⁶² T. Erciński, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza: Postępowanie rozpoznawcze*, t. 1, Warszawa 2011, s. 481.

⁶³ *Ibidem*, s. 479 i 481.

⁶⁴ Nie chodzi o obawę sędziego przed narażeniem się na gniew którejs z stron, ale o narażenie wymiaru sprawiedliwości w osobie sędziego na słuszne zarzuty nierealizowania założeń przepisów o postępowaniu w sprawach cywilnych.

⁶⁵ Można sobie wyobrazić sytuację, gdy jedna ze stron pozwana o zapłatę, przedstawia dowód potrącenia w ramach wierzytelności spółki kapitałowej, w której była współnikiem, twierdząc, że *de facto* zaspokoila tę wierzytelność. Występuje tu problem braku legitymacji strony do powołania się na to potrącenie ponieważ wierzycielem jest inny podmiot i pozwana strona nie przedstawiła dowodów cesji lub innej podstawy prawnej legitymującej potrącenie. Wszystkie dowody przedstawiane na okoliczność wysokości i rzeczywistego istnienia tej wierzytelności nie mają znaczenia dla sprawy, ponieważ nie została spełniona przesłanka wynikająca z zarzutu

ujawniają trzeci punkt widzenia, prezentując tę sytuację od strony procesu podejmowania decyzji. „Czy dowód jest bez związku to czasem tak naprawdę widać, kiedy jest realizowany⁶⁶. Niestety, często dopiero po przeprowadzeniu dowodu wiadomo, czy dowodzi on okoliczności istotnych dla sprawy. One zawsze mają jakiś związek, pytanie, czy są niezbędne. Problem polega na tym, że nie rozpoznaje się (w sprawach gospodarczych – przyp. aut.) pojedynczych zdarzeń, tylko jakieś okresy współpracy. W takiej sytuacji często okazuje się w rozmowie, co jest istotne. Sędzia „wyciąga” ze świadka rzeczy, które okazują się przydatne⁶⁷. „Może trochę niezgodnie z przepisami, ale przeprowadzam wszystkie dowody, z wyjątkiem tych oczywiście bezzasadnych lub zmierzających do przewłoki postępowania. Zdarza się, że z dowodów wynika coś, na co strony nie wskazywały, a ma znaczenie dla sprawy”⁶⁸.

Kozielecki zadał pytanie, jak wiele informacji „kupuje” decydent. Wskazał, że „ryzykant” mniej, „ostrożny” więcej, ale można uogólnić te tendencje stwierdzając, że informacje są kupowane tak długo, jak długo się to decydentowi opłaca. Twierdzenie znajduje także odbicie w pracy sędziego, ponieważ są sędziowie „niedrażący”, którzy wydają decyzje wyłącznie na bazie dostarczonych informacji (w procesie) i generalnie krytykują system, który każe im kupować decyzje „w nieskończoność” (w niektórych postępowaniach nieprocesowych, np. dotyczących zniesienia współwłasności). Tacy sędziowie dochodzą też do wniosku, że wiąże się to z realizacją zadania wymiaru sprawiedliwości, ponieważ „uprawniony woli wziąć 90% należności szybko, niż 100% po pięciu latach”⁶⁹. Są także sędziowie „ostrożni”, którzy chcą „kupić” więcej informacji, łącznie z tłem dotyczącym osądzanych spraw. Tacy sędziowie wskazują, że najbardziej dokuczliwy w procesie orzekania jest brak czasu na poznanie kontekstu sprawy. Obawa i dyskomfort zawodowy mają uzasadnienie w dwóch źródłach. Po pierwsze chodzi właśnie o kupienie wystarczają-

potrącenia. Jednak sędzia może mieć wątpliwości, czy przedstawione dowody nie spowodują określenia innego źródła tego roszczenia między stronami, gdzie powołane dowody będą potwierdzać przesłanki hipotezy dotyczącej potrącenia.

⁶⁶ Sędzia podkreśla także, że pomijanie wniosków dowodowych nie znajduje akceptacji sądu apelacyjnego i Sądu Najwyższego, co należy wskazać jako nie pierwszorzędną, ale istotną przesłankę przeprowadzenia dowodów nawet nadmiarowo.

⁶⁷ SSO.

⁶⁸ SSR. Sędzia podkreśla także inny powód takiego działania, związany z funkcjami wymiaru sprawiedliwości, istotny, choć nie wiąże się bezpośrednio z tematem artykułu: „Przeprowadzam wszystkie dowody. Nawet jeśli pozwany składa wnioski dowodowe, które potwierdzają to, co twierdzi powód, a tak się zdarza. Żeby strony miały pewność, poczucie, że ich sprawa została rozpoznana. Oczywiście można na jednym posiedzeniu bez przeprowadzania takich dowodów rozstrzygnąć i wykazać w uzasadnieniu, że nawet gdyby te dowody były przeprowadzone, to wynik byłby taki sam. Ale chodzi o poczucie stron bycia wysłuchanym”.

⁶⁹ SSR.

jąco wielu informacji, aby zobaczyć sprawę w szerszej perspektywie, pozwalającej na lepszą ocenę wycinka rzeczywistości poddanego rozstrzygnięciu. Sędzia mówi o kontekście sytuacji. „Nie mogę spokojnie słuchać stron dwie godziny. Muszę zmieścić określoną liczbę spraw. Jest to uzasadniane prawem do sądu, żeby tyle nie czekać w kolejce i żeby się więcej zmieściło. Nacisk jest na obłożenie wokandy i na to, by przesłuchania koncentrowały się na samym problemie. A mnie to czasem pomagało, by posłuchać. Nie pisałam wszystkiego w uzasadnieniu, ale to mi było potrzebne do wyrobienia sobie poglądu i zobaczenia, że coś mi z czegoś wynika. Może coś pobocznego, ale to mi uwiarygodniało pewne twierdzenia, tworzyło pewien ciąg logiczny, jakoś ustawiało sprawę, więc dosyć szeroko prowadziłam⁷⁰. Inny sędzia podkreśla: w sprawach gospodarczych to nie jest pojedyncza sprawa. To fragment wieloletniej współpracy. I tu już sam wybór problemów jest trudny, bo przecież nie można relacjonować całej współpracy⁷¹.

Po drugie ten dyskomfort niedoboru informacji i konieczności wyłuskania ściśle samego problemu orzeczniczego, bez kontekstu, wynika stąd, że „decyzji nie postrzega się już jako pojedynczych, izolowanych zdarzeń. Są one wkomponowane w nurt indywidualnych doświadczeń⁷². Traufetter, określając stanowisko tych naukowców, określił to obrazowo: „Decyzje mają swoją przeszłość i swoją przyszłość⁷³. Szukanie kontekstu jest także przejawem określonego sposobu podejmowania decyzji, jakim jest „opowiadanie historii”. Idee, koncepcje, obiekty i zależności łączy się w opowiadania lub historie. „Tworzenie opowiadań może być przyczynkiem do postawienia diagnozy. Starając się zidentyfikować przyczynę awarii urządzenia, specjalista układa sobie w głowie historię tego, co mogło pójść nie tak i doprowadzić do wystąpienia zaobserwowanych objawów⁷⁴. „Ostrożni” sędziowie, którzy poszukują kontekstu sprawy, będą prawdopodobnie wybierać technikę poszukiwania informacji określaną przez Kozielskiego jako „technikę dowolnego zakończenia”, dla której kontrastem jest technika zafiksowanego zakończenia (*fixed stopping technique*). Pierwsza polega na tym, że decydent nie precyzuje, ile wykona obserwacji. Druga polega na tym, że decydent z góry określa, ile zakupi obserwacji w trakcie stawiania diagnozy. W pierwszym przypadku poczynione obserwacje określają, jakich i ilu obserwacji decydent jeszcze dokona, a w drugim przypadku poczynione obserwacje nie decydują o dalszym

⁷⁰ SSR.

⁷¹ SSO.

⁷² *The Routines of Decision Making*, red. T. Betsch, S. Haberstroh, New York 2005, s. 361.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ G. Klein, *op. cit.*, s. 219.

ciągu pobierania informacji⁷⁵. Koziński, opierając się na badaniach⁷⁶, wskazuje, że ta druga jest bardziej skuteczna.

Czy można ufać intuicji sędziego?

Pojawia się jeszcze jedno pytanie: kiedy można zaufać doświadczonemu zawodowcowi, gdy twierdzi, że wie coś „intuicyjnie”. Gary Klein przewodził grupie badaczy krytykującej pracę naukową Daniela Kahnemana. Ten w odpowiedzi, sceptyczny wobec „intuicji ekspertów” i prowadzący badania dotyczące wyższości algorytmów nad rozpoznaniem ludzkim, zaproponował wspólne badania, aby znaleźć granice oddzielającą „cud” intuicji od jej wad. Jego zastrzeżenia odnośnie do rzetelności intuicji polegały na tym, że przyjęcie jakiejś opcji powoduje wy tłumienie wątpliwości i przywoływanie jedynie informacji spójnych z przyjętą opcją. Dlatego Kahneman uważał, że subiektywna pewność co do intuicji nie jest miarodajnym wskaźnikiem trafności intuicji.

Skąd się wzięły tak znaczące różnice w wynikach badań Kleina i Kahnemana? Odkrycie ich źródeł nie byłoby tak łatwe, gdyby nie podjęli współpracy. Otóż Klein badał strażaków, pielęgniarki, szachistów, a Kahneman psychologów klinicznych i inwestorów giełdowych. To miało wpływ na rozbieżności dotyczące zaufania intuicji ekspertów w danej branży. Pozwoliło sprecyzować pewne kryteria, według których powinno się oceniać, kiedy można ufać intuicji eksperta, a kiedy nie. Odpowiedzi dostarczają dwa podstawowe warunki: a) w środowisku muszą istnieć regularne prawidłowości, które umożliwiają przewidywanie; b) są to prawidłowości, które dają się poznać dzięki długotrwałej praktyce. Kiedy te dwa warunki są spełnione, można mówić o intuicji opartej na umiejętnościach. Skrajnym przypadkiem środowiska o regularnych prawidłowościach są szachy, ale można do nich także zaliczyć medycynę i sport. Trafne intuicje opierają się na trafnych wskazówkach, które ekspert nauczył się wyłapywać ze środowiska. Tymczasem inwestorzy giełdowi i politolodzy tworzący długoterminowe prognozy działają w środowisku zerowej trafności. Ich porażki są odbiciem fundamentalnej nieprzewidywalności zdarzeń, które próbują prognozować. Podkreśla to także Nassim Nicholas Taleb, o którego poglądzie Zbigniew Jagiełło⁷⁷ powiedział: „Autor stawia śmiałą tezę – i konsekwentnie ją udowadnia – że na rynku finansowym, ale też w wielu innych dziedzinach życia

⁷⁵ J. Koziński, *op. cit.* s. 50.

⁷⁶ Koziński powołuje się ogólnie na A. Walda i innych, *ibidem*, s. 51.

⁷⁷ Z. Jagiełło, przedmowa do polskiego wydania książki N.N. Taleba, *Antykruchość. O rzeczach, którym służą ustrząsy*, Warszawa 2013, s. 17.

rachunek prawdopodobieństwa i wszelkie narzędzia statystyczne oparte na analizie zdarzeń i danych z przeszłości są dość mało przydatne. Krytykuje prognostów i tych, którzy podejmują brzemienne w skutki decyzje biznesowe na podstawie wniosków płynących tylko z historycznych danych, wychodząc z założenia, że maksymalna skala ryzyka, jakie może wystąpić, jest taka jak najgorszego zdarzenia odnotowanego w przeszłości”. Cytowani badacze uznali, że lepiej zwrócić uwagę na „środowisko decyzji” niż samą decyzję, przy ocenie intuicji eksperta. Jeśli środowisko decyzji opiera się na określonych prawidłowościach, które decydent poznał i miał możliwość nauczyć się rozpoznawać sygnały płynące z tego środowiska, to dojdzie do rozpoznania sytuacji, co umożliwi szybką i trafną prognozę. Trudno nie znaleźć analogii do środowiska pracy sędziów, zbudowanego na regułach prawa i jest to miejsce „tuż za szachistami”.

Z przeprowadzanych badań wynika, że sędziowie z powodzeniem korzystają z intuicji. Okazuje się także, że na gruncie teoretycznym jest to metoda godna użycia przez sędziego, tak samo jak jest godna użycia przez szachistów i inne kategorie profesjonalistów działających w środowisku decyzyjnym o określonych parametrach. Szachiści, a obok nich sędziowie, należą do grup działających w środowisku umożliwiającym działanie intuicyjne, czyli oparte na doświadczeniu.

Suma doświadczeń

Intuicja jest narzędziem osób doświadczonych i pozwala im korzystać z zasobów zdobytej w ten sposób wiedzy⁷⁸. Będąc narzędziem działania, nie stanowi jednak podstawy podjęcia decyzji. Jest wykorzystywana na różnych etapach procesu decyzyjnego jako maszyna skojarzeniowa, projektująca najlepsze możliwe rozstrzygnięcie, które jest następnie weryfikowane. „Samo podejmowanie decyzji wygląda tak, że najpierw jest decyzja, a potem następuje szukanie motywów. I w tym procesie weryfikuje się decyzję. Jak się nie da jej obronić, to się ją zmienia”⁷⁹. „Po podjęciu decyzji patrzę na skutki, jakie wywoła. Jeśli są idiotyczne, to uważam, że zrobiłam błąd w wykładni”⁸⁰. „Uzasadnienie przychodzi później. [...] Podejmuję decyzję na bazie przepisów

⁷⁸ Z tego wynika kolejny ważny wniosek: w obecnym systemie kształcenia sędziów – którzy wchodzić do zawodu jako wykształceni prawnicy, ale bez doświadczenia – warto zwrócić uwagę na inny sposób podejmowania przez nich decyzji, niż w przypadku sędziów doświadczonych, co może mieć znaczenie przy tworzeniu sądów i podziału spraw między różne kategorie tychże sądów.

⁷⁹ SSR.

⁸⁰ SSR.

i wyników postępowania, a potem uzasadniam”⁸¹. „Uzasadnienie służy tylko kontroli”⁸².

Sędziowie potrafią korzystać z tego narzędzia, ponieważ wyszkolili się w „nieprzyzwyczajaniu się” do danej wersji rozwiązania i jeśli dane rozwiązanie nie przechodzi weryfikacji w świetle dowodzonych faktów, zostaje skorygowane. „Jeśli sprawa jest skomplikowana, to robię notatki i na dole każdej notatki odnotowuję, co mi się nie zgadza”⁸³. „Zdarza się, że mam już decyzję. Wydaje mi się ona w porządku, ale nie chcę jej jeszcze ogłaszać. Chcę się z nią jeszcze przespać”⁸⁴. „Nieoczywista jest też sprawa, kiedy jest pół na pół; że można oddalić, można uwzględnić. I też zawsze robię to samo: piszę projekt uzasadnienia”⁸⁵. Intuicja jest wykorzystywana na niemal wszystkich etapach podejmowania decyzji, jakie można zidentyfikować na podstawie analizy przepisów kodeksu postępowania cywilnego, wyjąwszy może te „decyzje” sędziego, które nie są w rzeczywistości decyzjami w takim sensie, w jakim są nimi orzeczenia rozstrzygające sprawy, lecz jedynie czynnościami podejmowanymi w celu przewodniczenia postępowaniu⁸⁶. Niezwykle istotne jest, aby sędziowie wiedzieli, że korzystają z intuicji i że nie jest to żaden szósty zmysł, lecz zwykłe narzędzie profesjonalisty. Brak tej wiedzy powoduje różne negatywne skutki począwszy od uciążliwych prób ignorowania podpowiedzi płynących z doświadczenia za pośrednictwem „rozpoznania” (RPD), a na wydłużaniu procesu decyzyjnego przez stosowanie „algorytmicznych” modeli decydowania kończąc. Pytanie o to, „czy każdy sędzia powinien być szachistą”, jest przewrotne. Biorąc pod uwagę cechy procesu decyzyjnego w środowiskach decyzyjnych tych dwóch kategorii profesjonalistów – szachistów i sędziów – tak, sędzia powinien być szachistą.

Abstract

Should every judge be a chess player?

The principal objective of this article is to present the issue of intuition in the judge's work. The paper limits its scope strictly to the private law cases. There are two different ways of perceiving the judge's decisions: the first one sees the decision-making process

⁸¹ SSO.

⁸² SSO. Można tu także użyć wyrażenia bardziej oddającego rolę uzasadnienia w ramach procesu decyzyjnego: „Uzasadnienie służy tylko weryfikacji decyzji”.

⁸³ SSR.

⁸⁴ SSR.

⁸⁵ SSO.

⁸⁶ Istotna jest kwestia, czy wszystkie tego rodzaju decyzje powinny być podejmowane przez sędziów, a nie sędziowski personel pomocniczy. Zagadnienie zostało tu tylko zasygnalizowane, ponieważ wykracza poza temat niniejszego artykułu.

as a procedure based purely on the provisions of the civil procedure, while the other considers it a process of more psychological nature. Confronting the two standpoints has led to an interesting conclusion: the influence of psychological aspects on the process of decision-making is clearly unavoidable. Therefore, it is useful to recognise the impact of psychology on a judge's work, keeping in mind that many researchers have provided conclusions on decision-making process, notably, Gary Klein who established that intuition has no "magical" nature but is purely a result of the long accrued experience.

Literatura

- Clausewitz C., *O wojnie. Księgi I–VIII*, Test, Lublin 1995.
- Gladwell M., *Błysk*, Znak, Kraków 2007.
- Janis I.L., Mann L., *Decision Making: A Psychological Analysis of Conflict, Choice, and Commitment*, Free Press, New York 1977.
- Kahneman D., *Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym*, Media Rodzina, Poznań 2011.
- Kasparow G., *Jak życie naśladuje szachy*, FijorrPublishing, Warszawa 2009.
- Klein G., *Sztuka podejmowania decyzji*, OnePress, Gliwice 2006.
- Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza: Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, t. 1, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Kozielecki J., *Psychologia procesów przeddecyzyjnych*, PWN, Warszawa 1969.
- Simon H.A., *Models of Man: Social and National*, Wiley, New York 1957.
- Taleb N.N., *Antykruchość. O rzeczach, którym służą wstrząsy*, Kurhaus, Warszawa 2013.
- The Routines of Decision Making*, red. T. Betsch, S. Haberstroh, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, New York 2005.
- Traufetter G., *Intuicja, czyli mądrość uczuć*, WAB, Warszawa 2009.